

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Plaider n'est pas philosopher

Thunis, Xavier

*Published in:*  
Annales de droit de Louvain

*Publication date:*  
1999

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*  
Thunis, X 1999, 'Plaider n'est pas philosopher', *Annales de droit de Louvain*, VOL. 4, p. 523-525.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, Paris, P.U.F., 1999, 349 p.**

*Plaider n'est pas philosopher...*

Auteur d'un ouvrage stimulant et controversé sur l'épistémologie juridique<sup>1</sup>, Chr. Atias s'attaque à présent à la philosophie du droit. D'emblée, il nous prévient qu'il a choisi de ne pas choisir (p. 1). Son ouvrage présente à la fois une description de quelques doctrines philosophiques depuis Saint-Thomas jusqu'à Dworkin, en passant par Montesquieu ou Hayek (première partie) et une réflexion plus critique sur quelques questions qui agitent la philosophie du droit (deuxième partie) : fondements et fondations du droit, contenu et concepts du droit et aporétique juridique. Ce dernier titre traite principalement de la présence des mythes dans le droit. Dans une veine épistémologique propre à l'auteur, il s'attache, en donnant bon nombre d'illustrations, aux conditions de fonctionnement du savoir juridique et aux mécanismes de régulation de ses erreurs. L'ouvrage, nous prévient encore Chr. Atias, ne prétend ni à la neutralité ni à l'objectivité ni à l'exhaustivité. Il ouvre des pistes, à l'attention de l'étudiant qu'il invite, notamment par la lecture de textes choisis, à des découvertes ultérieures.

Tout en respectant les choix et les contraintes que se fixe l'auteur, l'étudiant cible du livre sera surpris par le caractère hybride de l'ouvrage proposé à sa lecture. D'un côté, un exposé, le plus souvent sommaire, des doctrines de philosophes ayant fait du droit une sorte de province de leur philosophie et de juristes ayant dépassé leur technique pour s'interroger sur ses fondements et sur leur méthode. De l'autre, des réflexions, tantôt pertinentes, tantôt contestables, souvent formulées de façon péremptoire sur un certain nombre de concepts et ou de thèmes (le droit naturel, les personnes, les biens, l'interprétation, etc.) familiers même au juriste positiviste que l'auteur, à tort ou à raison, prend d'assez haut.

Le catalogue de doctrines proposé en première partie<sup>2</sup> laisse le lecteur sur sa faim, non seulement parce que certains y manquent (l'absence de toute référence à J. Rawls est tout de même surprenante) mais autant parce que le résumé pédagogique qui est donné se fonde, la plupart du temps, sur des commentateurs et qu'il souligne peu l'apport des doctrines en cause pour le droit. A quoi sert-il de présenter Hegel en deux pages sans discuter les conséquences de sa philosophie pour le droit, et en particulier pour le droit naturel? Peut-on résumer Gadamer en une page (p. 111) sans mettre en évidence que son maître ouvrage *Vérité et méthode* prend précisément l'interprétation juridique comme une sorte d'exemple-type des questions que

<sup>1</sup> *Epistémologie juridique*. La 1<sup>re</sup> édition de l'ouvrage est parue aux P.U.F. en 1985 et a fait l'objet de controverses publiées dans la *Revue Drolis*, 1985, pp. 145 et s. (contributions de A.-J. ARNAUD (contra) et de C. MOULY (pro)).

<sup>2</sup> C'est le terme qu'utilise Chr. ATIAS lui-même, p. 66.

soulève le processus interprétatif, entre liberté et tradition?<sup>3</sup> Est-il justifié ou utile d'informer le lecteur de l'ontologie de Heidegger (pp. 107 et s.) sans même s'interroger sur ce que la critique heideggerienne de la modernité peut comporter de déconstruction pour la philosophie du droit?<sup>4</sup>

Certes, dans la seconde partie de l'ouvrage, l'auteur ne se prive pas de citer, un peu au gré de ses lectures, les philosophes qu'il apprécie. Mais ces citations, parfois belles, paraissent avoir surtout une fonction ornementale<sup>5</sup>. Il y a du plaisir mais aussi quelque artifice à invoquer le Heidegger de «L'époque des conceptions du monde» à l'appui d'un commentaire de l'article 1110 du Code civil concernant l'erreur sur la substance...

Quant au fond, cette seconde partie comporte bon nombre de réflexions originales sur les personnes et les biens, sur le pluralisme auquel le droit ne peut sans doute jamais totalement rendre justice (pp. 232 et s.), sur le droit naturel comme art du questionnement (pp. 244 et s.) ou encore sur la présence de mythes persistants dans lesquels les juristes se reconnaissent et puisent une dispense de raisonnement (pp. 253 et s.).

La forme est percutante et cette seconde partie prend souvent l'allure d'un plaidoyer. De celui-ci, elle a la séduction mais aussi les excès. L'auteur multiplie, sans justification, les assertions contestables ou sans nuances<sup>6</sup> où percent parfois le ressentiment et le règlement de comptes (invitons le lecteur à découvrir la p. 325...).

Plus grave : l'auteur caricature la position adverse pour faire ressortir les mérites de la sienne propre. Qu'il ait des griefs à l'égard des positivistes, pourquoi pas? Mais est-il correct de les portraiturer en naïfs prétendant déduire des solutions certaines d'une loi claire au contenu univoque?<sup>7</sup> Atias semble ignorer qu'il existe un positivisme critique, représenté notamment par F. Ewald<sup>8</sup> qui recherche dans les principes généraux du droit une sorte de droit naturel empirique et immanent au système juridique. Atias ignore-t-il Kelsen lui-même, qu'il cite pourtant dans la rubrique «Lectures» (p. 348) : «D'un point de vue qui ne considère que le droit positif, il n'existe aucun critérium sur la base duquel l'une des possibilités données dans le cadre du

<sup>3</sup> H.G. GADAMER, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Seuil, 1976, pp. 166 et s.

<sup>4</sup> L'exercice a été tenté par A. RENAUT et L. SOSOE, *Philosophie du droit*, PUF recherches philosophiques, 1991, pp. 155 et s.

<sup>5</sup> Cf. p. ex. p. 146 et p. 167. Les textes cités sont tous trois de M. HEIDEGGER.

<sup>6</sup> Cf. p. ex. p. 219 où il est indiqué que la pratique use peu de la liberté qui lui est laissée par le Code de créer des contrats innomés. Et le contrat de compte? Et le contrat de franchise? Et le crédit-bail? S'il est vrai que les juges s'efforcent de ramener l'inconnu au connu, la pratique contractuelle est très imaginative.

À la page 262, il est affirmé péremptoirement «Aujourd'hui, les juges ne paraissent guère embarrassés pour mépriser ouvertement la jurisprudence de la Cour de cassation». Une affirmation aussi grave devrait au moins s'appuyer sur plus que le seul exemple jurisprudentiel cité en note 1 de la p. 262.

<sup>7</sup> Nous ne pouvons synthétiser autrement que de façon polémique les différents traits décochés par l'auteur tout au long de son ouvrage, cf. p. ex. pp. 244 et s.

<sup>8</sup> F. EWALD, «Pour un positivisme critique, Michel Foucault et la question du droit», *Droits*, n° 3, 1986, pp. 140 et s.

droit pourrait être préférée aux autres. Il n'y a purement et simplement aucune méthode que l'on puisse dire de droit positif qui permettrait de distinguer, entre plusieurs significations linguistiques d'une norme, une seule, qui serait la vraie signification»<sup>9</sup>.

Y a-t-il un texte dans le prétoire?<sup>10</sup> Sans exagérer, on peut dire que depuis dix ans, tout le débat contemporain, qui n'agit pas que les seuls théoriciens du droit, porte sur les conditions et sur les limites de l'interprétation. Les praticiens du droit, avocats ou juges, s'en rendent bien compte, confrontés — en droit interne et en droit européen — à des principes évolutifs (principe de précaution, par exemple) dont il faut construire la signification, et à des notions que le législateur paraît avoir renoncé à définir, faute du consensus ou des connaissances nécessaires.

Parvenu au terme de l'ouvrage, on se dit que Chr. Atias lui a donné un titre trompeur. *Philosophie du droit* évoque une visée globale et une objectivité que l'auteur récuse par avance. C'est *Une philosophie du droit* que l'auteur défend; ce sont des *Questions de philosophie du droit* qu'il pose.

Nombre de peintres contemporains renoncent à donner un titre à leur tableau. Ils n'ont sans doute pas tort.

XAVIER THUNIS

\*  
\*

Jean-François AUBY, *Les services publics en Europe*, Paris, P.U.F. (coll. *Que sais-je?*, n° 3414), 1998.

La parution des *Services publics en Europe* dans la collection encyclopédique bien connue des *Que sais-je?* vient à point nommé. Le concept de service public ne vient-il pas de connaître depuis une dizaine d'années de formidables bouleversements qui, aujourd'hui seulement, commencent à s'apaiser? Il était temps de faire le point de la question.

L'ouvrage du professeur Jean-François Auby s'y emploie en trois temps. D'abord, l'auteur amorce une typologie des services publics. La tâche est ardue et la réflexion du professeur Auby n'occulte pas la polysémie du concept. Au contraire, l'auteur trouve illusoire de bâtir une théorie totalisante ou systématique du service public. Cette conception se manifeste d'autant plus clairement qu'on avance dans la lecture de l'ouvrage.

La deuxième partie dresse, en effet, un tableau comparatif des services publics. A ce stade, on aurait sans doute apprécié que l'auteur émette davantage de réflexions critiques, particulièrement en ce qui concerne la responsabilité des services collectifs

<sup>9</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 458-459.

<sup>10</sup> Titre choisi par Ch. A. MORAND et F. OST in *Les grands courants de l'herméneutique juridique* R.I.E.J., 1999, 42, pp. 1 et s.